Registro N° 26/2020

/// la Ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a los 5 días del mes de octubre de dos mil veinte, se constituye la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el señor juez Alejandro W. Slokar, a los efectos de dictar resolución en el legajo FSA 2054/2020/8, caratulado: "ORTEGA, Sebastián Gustavo y otro s/audiencia de sustanciación de impugnación". Interviene representando al Ministerio Público Fiscal el señor fiscal general doctor Raúl Omar Pleé, encontrándose la defensa a cargo del señor defensor público oficial doctor Guillermo Todarello.

El señor juez **Alejandro W. Slokar** dijo:

1º) Que por sentencia del 18 de agosto ppdo., el juez Abel Fleming, integrando el Tribunal Federal de Juicio de modo unipersonal, en cuanto aquí interesa, resolvió: "**I) ABSOLVER** a los acusados Sres. **SEBASTIÁN GUSTAVO ORTEGA**, alias "Cheba" […] y **VERGARA JOSE ERNESTO** […] del delito de Transporte de Estupefacientes por el que vinieron acusados a Juicio por aplicación del art 3 del CPPF por el principio de la duda".

Contra dicho pronunciamiento, el fiscal federal subrogante de Tartagal, Marcos César Romero, dedujo "recurso de casación", que fue concedido.

2º) Que el representante del Ministerio Público Fiscal invocó el motivo previsto en el art. 359, inciso "c" del CPPF. En particular, señaló que su agravio se cimenta en la existencia de un "acto

carente de logicidad" y que la sentencia es el resultado de un fundamento arbitrario.

El impugnante sostuvo que "El argumento principal para dictar la absolución fue que no existía prueba que acreditara que la droga secuestrada a los encartados fuera estupefaciente en los términos del art. 77 del CP., que si bien la pericia química se encontraba agregada en el legajo de investigación, ello ubicaba al juzgador en la alternativa de concederle un acto de fe, o a que el Juez abandone la neutralidad y 'salga a buscar' para tomar su decisión aquella prueba de la que la litigación en el debate lo privó. Sin embargo, dicha afirmación es inexacta".

Así, adujo que: "El Ministerio Público Fiscal dio a conocer al defensor el hecho por el cual sus defendidos se someterían a juicio, como así toda la evidencia colectada en el caso, en la que se encontraba la pericia química nro. 6.777 […] Sobre el punto, la defensa argumentó que durante el debate no se produjo la pericia química, ni ningún testimonio se refirió a ninguna prueba pericial química, por lo que, el fiscal, no podría alegar sobre esta cuestión de índole fáctico. A lo que se replicó que fue ofrecida y admitida como pericia y mencionada en la apertura del debate".

Señaló después que: "…la particular característica de este tipo de prueba la convierte en una excepción a la oralidad, toda vez que la prueba pericial está indefectiblemente compuesta por el dictamen pericial (informe) y la declaración del

perito, solamente en el caso que su comparecencia sea necesaria.

Al respecto, enfatizó que: "…el informe pericial fue aceptado y admitido por la defensa en la etapa procesal oportuna, esto es, durante el control de la acusación. En dicho informe pericial consta la capacitación, experiencia y, principalmente, la idoneidad del perito; condiciones y cualidades que tampoco fueron discutidas por la defensa".

En definitiva, alegó que: "la cuestión debatida en el caso, es la incorporación o producción de la prueba pericial, la cual en su realización no cumple con los principios del proceso acusatorio expresamente previsto en el art. 2 del CPPF. Lo cual indica una clara señal que hay excepciones a dichos principios".

Por fin, se agravió acerca de una errónea valoración de las pruebas rendidas, por cuanto –siempre en su entender- los elementos acreditados no autorizaban a desechar la responsabilidad de los imputados.

3º) Que de cuanto resulta de lo actuado en el juicio, se observa que concluida la recepción de la prueba testimonial, el juez preguntó a las partes acerca de la existencia de alguna otra cuestión relativa al material probatorio y, de seguido, estableció el paso hacia la discusión final.

Para ello, el acusador público hizo alusión a una prueba pericial, lo que motivó la objeción de la defensa con fundamento en que no se produjo ninguna pericial química ni tampoco testimonial referida a aquella, por lo que adujo no se encontraba habilitado

#35005179#269711782#20201005185630405

a alegar sobre ese extremo. Sobre ello el juzgador dio intervención al fiscal, quien expresó: “la pericia química no está ofrecida como una prueba testimonial, esta ofrecida como una prueba pericial, que fue incorporada al debate. Es decir ya esto viene del control de la acusación, es decir hubo un debido control sobre el ofrecimiento de prueba para poder ser producida en el juicio […] Por lo tanto no considero que sea necesario convocarlo al perito para que nos explique en que consiste la pericia. La pericia es autosuficiente, los datos que surgen de ella son concluyentes. Por lo tanto no veo cual es el sustento de la oposición que plantea el señor defensor. Por lo tanto, la prueba está incorporada. Al tratarse de una prueba técnica ni siquiera la estoy valorando, simplemente la estoy refiriendo, en cuanto a su conclusión, en cuanto al porcentaje de pureza de la droga y en cuento a cantidad de dosis umbrales. No hay una cuestión que tenga que ver con una restricción probatoria […] Es una prueba que se encuentra incorporada y que en este momento la menciono en el alegato porque como prueba pericial no como prueba testimonial, tiene una relevancia, porque de esa manera este Ministerio Público va a demostrar que se trata de droga. Por lo tanto solicitó se rechace el planteo de la defensa […] en cuanto a que la prueba no se encuentra agregada. Si se encuentra agregada”.

A su turno, el defensor público coadyuvante interviniente en el debate, Nicolás Escandar, alegó que: “El concepto de estupefaciente requiere prueba pericial. Es un concepto que no puede suplantarse por

#35005179#269711782#20201005185630405

la simple observación. El que expresa que la sustancia es estupefaciente tiene que tener una cierta experticia y manejar ciertos elementos fundamentales de esa experticia para llevarnos a la certeza de que estamos ante una sustancia de tráfico prohibido".

Así, señaló que: "…En ningún momento del juicio se produjo prueba con respecto a la calidad de la sustancia […] Ofrecer prueba no es lo mismo que producir prueba. Puede existir una gran discordancia entre la prueba que uno ofrece en la audiencia de control de la acusación y la que uno termina produciendo en el debate y el legislador sabiamente ha impedido que el señor juez de juicio tenga acceso a las constancias escritas y al auto de apertura. Por lo tanto el juez de juicio no sabe lo que las partes ofrecieron. Solo va a conocer lo que las partes produzcan. Lo cierto es que el fiscal tuvo oportunidad de ofrecer ya sea el informe, que para la defensa no hubiera sido suficiente si no venia el perito a explicarlo oralmente, pero de hecho ni siquiera ha sido producido el informe […] El proceso acusatorio pone en hombros del fiscal la carga d e la prueba y de cada uno de las proposiciones fiscales que deben probarse más allá de toda duda razonable para desencadenar la reacción penal".

Aunado a ello, observó que "Tampoco se intentó hacer uso de la excepción que prevé el Código para incorporar por lectura la prueba pericial […] tampoco se hizo un anticipo de prueba […] no hay convención probatoria alguna que permita suplantar la actividad probatoria del fiscal".

4º) Que tras lo practicado, a fin de arribar al temperamento absolutorio por el principio de la duda, el magistrado de juicio justipreció que el fiscal interviniente “no arrimó a consideración del Juez, ni informó prueba pericial alguna ni testimonio de perito. El plexo probatorio a considerar se integró exclusivamente con la prueba efectivamente rendida en la audiencia de debate”.

Así señaló que la pretensión acusatoria de que el juez llamado a decidir acerca de la culpabilidad del acusado considere una prueba no producida en el juicio no podía progresar. En concreto, el magistrado se refirió la ausencia de prueba de cargo que defina la calidad de estupefaciente del material secuestrado.

Concretamente, sostuvo que: “La constatación de hallazgo de cocaína no puede ser acreditada mediante aseveraciones de experiencia común ni experiencia judicial, tales como tipos de envoltorio, presentación morfológica, aspectos, color […] la pericia química el único medio que podrá ilustrar sobre su composición, tanto como de sustancia activa, como de sustancia de corte y estiramiento, como también podrá informar sobre cantidad de dosis umbrales bajo los distintitos modos de ingesta posible”.

Memoró que cuando se produjo la alusión por parte del Ministerio Público Fiscal respecto a un peritaje inexistente en el debate, la acusación trato de salvar la omisión referenciada a que el mismo formaba parte del “legajo de investigación”, y que la defensa conocía su existencia, añadiendo que formaba

#35005179#269711782#20201005185630405

parte de la prueba ofrecida en la audiencia de prueba.

Así pues, consideró que: “Lo cierto es que durante todo el debate no fue exhibida pericia química, ni escuchado testimonio de perito alguno. La alusión del Sr Fiscal a que la misma había sido objeto de ofrecimiento de prueba, fue contestada por el Suscripto en la decisión de la objeción planteada, cuando se le dijo al acusador que el Juez del Juicio no contaba ni con el Legajo Fiscal, ni con el acto procesal por el que se admitieron pruebas ofrecidas por las partes […] **Los Jueces de Juicio del modelo acusatorio instaurado por el nuevo ordenamiento, no sólo no conocemos ni tenemos en el estrado el Legajo de Investigación Fiscal, ni el auto de Apertura del Juicio, sino que tenemos prohibido siquiera tomar conocimiento de dichos antecedentes**” (el destacado no es del original).

Por tanto, concluyó que: “En las condiciones probatorias en las que quedó ceñida la prueba sobre la naturaleza de la sustancia contenida en los paquetes secuestrados durante el procediendo, no puedo despejar duda razonable sobre sí la misma reviste o no la entidad de estupefaciente, por no haberse presentado en juicio pericia química, ni testimonio judicial de perito. Solamente hubo alusión a la realización de Narcotest, del que sí se tuvieron referencias testimoniales pero el mismo no fue exhibido. Aun con este, y por lo que ya fue desarrollado en estos fundamentos, su valor de orientación no resultaría suficiente para sostener el peso de un juicio de certeza sobre la identidad y

#35005179#269711782#20201005185630405

calidad de la sustancia de cara a las exigencias que en la interpretación de la voz 'estupefacientes' nos trae el CP en su art. 77".

5º) Que llegado el caso a esta etapa de revisión, durante la audiencia prevista en el art. 362 del ritual el fiscal general Raúl Omar Pleé desistió de la impugnación por aplicación del beneficio de la duda.

Para ello reseñó los hechos materia de acusación y señaló que ocurrió una situación muy particular en el juicio, practicado en forma remota respecto del fiscal, por cuanto no medió convención probatoria y existió en la audiencia de control de la acusación un aporte por parte del Ministerio Público Fiscal de las pruebas que iban a ser utilizadas durante el transcurso del debate, todas ellas aceptadas y conocidas por ambas partes, entre las cuales se encontraba la pericia química. Afirmó que el fiscal de juicio se refirió al peritaje en cuestión al presentar su teoría del caso.

Apuntó que la falta de lealtad procesal de las partes en el proceso provocó que la defensa no se opusiera en su oportunidad a la incorporación de la prueba, conociera su contenido, obtuviera una copia, en tanto no hubo convención probatoria.

Advirtió también que en la Oficina Judicial se conservó una copia de la pericia y así como el CPPF no admite que el juez formule preguntas a los testigos, sí habilita a que requiera aclaraciones, siendo que en la especie el fiscal invocó en su teoría del caso la existencia de una prueba pericial que demostraba la naturaleza de droga. También señaló

#35005179#269711782#20201005185630405

que cuando la defensa presentó su teoría del caso reconoció expresamente que se habían tirado bolsos que contenían estupefaciente. Por ello es que, a su criterio, el juez podía pedir una aclaración al fiscal para esclarecer el extremo relativo al peritaje, lo que, sin embargo, no hizo.

En definitiva, por entender que resulta imposible modificar el estado de duda y ante la falta de incorporación de la pericia, que tampoco fue ofrecida como prueba en la impugnación, lo que –siempre en su criterio- hubiese implicado diverso punto de debate en la audiencia, desistió de la impugnación lamentando la aplicación del principio de la duda.

A su turno el defensor público Guillermo Todarello expresó que frente al desistimiento no había manifestaciones vinculadas a su asistencia que realizar. No obstante, señaló que debe comprenderse la dinámica del proceso acusatorio y destacó que un defensor público oficial tiene el deber legal y constitucional de atender los intereses de sus asistidos, en tanto que en el proceso acusatorio existe un paradigma fundamental, que indica que la prueba debe producirse en la audiencia oral. Si esa prueba no se produjo en la audiencia y el defensor no expresaba su objeción incurría en una inconducta, con la consiguiente responsabilidad internacional que le podría caber al Estado argentino. Consideró injusta la atribución de falta de lealtad procesal, por cuanto no constituía un dato más la pericia química que otorgaba el carácter de estupefaciente. Por

#35005179#269711782#20201005185630405

último, afirmó que el defensor nunca reconoció que se arrojó sustancia estupefaciente.

Finalmente el fiscal reafirmó la falta de lealtad procesal frente a la ausencia de convención probatoria y expresó que, en su entender, el objeto del proceso no es un juego sino la búsqueda de la verdad.

6º) Que, como es sabido, en el ámbito federal no es sino hasta la sanción en el año 2014 del nuevo Código Procesal Penal Federal (Cfr. Leyes nº 27.063, nº 27.272 y nº 27.482, texto ordenado por Decreto nº 118/2019), aunque dejado sin efecto por el Decreto de Necesidad y Urgencia nº 257/15, que se dio inicio a la trascendente modificación del sistema de enjuiciamiento acusatorio –de corte adversarial- en reemplazo del de matriz inquisitiva, de raigambre fascista, de modo de ajustar la legislación vigente a la manda constitucional (Cfr. mi voto en el Legajo Nº FSA 22208/2019/10, caratulado: “Huanca Cruz, Dimas Nicolás s/impugnación”, reg. nº 10/2020, rto. 31/07/2020).

Así, en razón del desistimiento expreso del acusador público Raúl Omar Pleé, y tanto más en la normativa de aplicación a la especie, nada puede -ni debe- expresarse frente a la inexistencia de controversia, extremo afirmado desde siempre como condición esencial de la imparcialidad (“terzietà”) (Sala II, causa nº 1553/13, caratulada: “Bocanegra Castro, Liliana Yaquelin s/recurso de casación”, reg. nº 665/14, rta. 30/4/14; causa nº 564/2013, caratulada: “Orozco Martínez, Jaquelina Natalia s/ recurso de casación, reg. nº 2375/13, rta.

#35005179#269711782#20201005185630405

20/12/2013; causa nº FMZ 2548/2013/1/CFC1, caratulada: “Martos Azcurra, Mariana Lourdes s/ recurso de casación”, reg. nº 557/14, rta. 11/4/2014, entre tantas otras, con sus citas).

Sentado lo expuesto, y en mérito de las formulaciones del Ministerio Público Fiscal en el caso, sólo cabe parafrasear el refrán popular: "Quien tiene al juez como fiscal, necesita a Dios como defensor" (Cfr., Sala II, causa N° 14.486, caratulada: "Tortone, Lisandro y otros s/ recurso de casación", reg. n° 19.676, rta. 16/2/2012).

Efectivamente: Si un juez en su sentencia decide dejar de lado las reglas legales sobre la titularidad y ejercicio de la acción y la carga probatoria, necesariamente estará violando el principio de imparcialidad, que se resume en no ser parte, y no serlo es -entre otros aspectos- no obrar como tal, en resguardo de la “plena igualdad” procesal exigida por superlegalidad del art. 8.2. CADH.

Ello por cuanto en la legitimidad epistémica y política de un proceso con base constitucional: “un juez del sistema adversarial **no busca la verdad sino que la exige a los acusadores**. Y si los acusadores no cumplen con esta exigencia estricta, que se expresa en el principio de ‘carga de la prueba’ entonces no queda otro camino que la absolución, es decir, el rechazo de la acusación” (Cfr. Binder, Alberto M., “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, Ad-Hoc, Bs. As., 2012, p. 223, el destacado corresponde al original).

Es en ese orden que en el tránsito actual de la implementación del código, la transformación de registro que conforma la vigencia de un nuevo régimen no se agota en la mera mudanza hacia un digesto de normas escritas, sino que impone un giro cultural para el cambio de mentalidades de los protagonistas; de tal suerte, corresponde oficiar con adjunción de los antecedentes pertinentes a la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal, a los fines de la mejor evaluación para el fortalecimiento del nuevo modelo de enjuiciamiento.

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE**:

I. TOMAR RAZÓN del desistimiento formulado por el fiscal general Raúl Omar Pleé de la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal; **SIN COSTAS** (art. 349, 386 y ccds. CPPF).

II. LIBRAR OFICIO a la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal, a tenor de lo expuesto en la presente y con adjunción de los registros pertinentes.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Procuración General de la Nación y a la Defensoría General de la Nación.

Fdo: Alejandro W. Slokar